PRB 05-19E

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

HEALTH CARE AT THE SUPREME COURT OF CANADA

I: *AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF)* v. *BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)*

Marlisa Tiedemann
Law and Government Division

4 August 2005

PARLIAMENTARY INFORMATION AND RESEARCH SERVICE
SERVICE D'INFORMATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES

The Parliamentary Information and Research Service of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Analysts in the Service are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

106-01346/

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

THE FACTS 1

THE JUDGMENTS 2

A. The Decision at Trial (British Columbia Supreme Court) 2

1. Charter Analysis 3
a. Section 15 3
b. Section 1 4
c. Section 7 5

2. Remedy 5

B. The Decision on Appeal (British Columbia Court of Appeal) 6

C. The Supreme Court of Canada Decision 8

1. Charter Analysis 8
a. Section 15 8
b. Section 7 10

RESPONSES TO THE DECISION 10

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

HEALTH CARE AT THE SUPREME COURT OF CANADA
I: *AUTON (GUARDIAN AD LITEM OF)* V. *BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)*

INTRODUCTION

In June 2004, the Supreme Court of Canada heard two appeals relating to the Canadian health care system. At issue in *Auton (Guardian ad litem of)* v. *British Columbia (Attorney General)*[1] (hereinafter, *Auton*, 2004), which was heard on 8 June 2004, was whether the B.C. government's decision not to fund a particular type of autism therapy was contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At issue in *Chaoulli* v. *Quebec (Attorney General)*[2] was whether Quebec legislation that prohibited individuals from purchasing private health insurance for health services covered under the provincial plan was contrary to the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*[3] and/or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

This paper summarizes the *Auton* decisions at trial, on appeal, and on appeal to the Supreme Court of Canada. It also reviews reactions to the decision.[4]

THE FACTS

This case involves four children with autism whose parents sought, on their children's behalf, funding for an intensive applied behaviour analysis (ABA) therapy known as Lovaas therapy. Lovaas therapy costs between $45,000 and $60,000 per year, and the cost of therapy was paid for by the children's parents.[5]

---

(1) 2004 SCC 78.

(2) 2005 SCC 35.

(3) R.S.Q., c. C-12.

(4) The decision in *Chaoulli* v. *Quebec (Attorney General)* will be reviewed in a subsequent publication.

(5) At the time of trial, one of the children's mothers was no longer able to afford paying for treatment.

While the provincial government did fund some programs for children with autism and their families through the Ministry of Health, the Ministry of Children and Families, and the Ministry of Education, it did not fund ABA/IBI (Intensive Behavioural Intervention) therapy for a number of reasons, including the cost of the therapy and the controversy surrounding the treatment's success. This treatment was funded in some other provinces to varying degrees.

THE JUDGMENTS

A. The Decision at Trial (British Columbia Supreme Court)

The parents of the children with autism sought a declaration that the Ministry of Health, the Ministry of Education and the Ministry of Children and Families' decisions not to fund Lovaas treatment violated sections 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well as certain other statutes. They also sought an order requiring the Crown to pay the costs of treatment already incurred as well as the future costs of treatment. The petition was heard in April 2000.

Before determining that the provincial government had violated section 15(1), Madam Justice Allan reviewed the nature of autism, what treatments were used, what treatment services for autism were available in other provinces, and the controversy surrounding Lovaas therapy.

The trial judge dealt only with the claim against the Ministry of Health, as she considered the issue to be "primarily a health issue."[6] On that basis, she examined the provisions of the *Canada Health Act*[7] and the British Columbia *Medicare Protection Act*[8] that were relevant to the petitioners' claim. She concluded that "the legislative framework does not preclude the delivery of early intensive ABA treatment to autistic children, where appropriate, within B.C.'s medicare scheme" (*Auton*, 2000, para. 109).

---

(6) *Auton (Guardian ad litem of)* v. *British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1142 (hereinafter, *Auton*, 2000), para. 88.

(7) R.S. 1985, c. C-6. The *Canada Health Act* lists the criteria and conditions that provinces and territories must meet in order to receive the full cash contribution that they are eligible to receive from the federal government.

(8) R.S.B.C 1996, c. 286.

1. Charter Analysis

a. Section 15

Section 15 is the Charter's equality guarantee. That section reads:

> (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
>
> (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In reviewing whether the Ministry of Health's failure to fund Lovaas treatment violated the infant petitioners' equality rights under the Charter, Madam Justice Allan adopted the three-step test articulated in *Granovsky* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*:[9]

> (1) Does the impugned law draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively different treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
>
> (2) Was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds?
>
> (3) Does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of subsection 15(1) of the Charter? (*Auton*, 2000, para. 112)

She then reviewed a number of decisions that examined section 15 in the context of disability claims. That led to a review of the purpose of the legislation, in which she noted that "[t]he Medical Services Plan is designed to assist people with health care needs" (*Auton*, 2000, para. 126). She found that the Crown's interpretation of the medicare legislation is discriminatory:

---

(9) 2000 SCC 28.

> Having created a universal medicare system of health benefits, the government is prohibited from conferring those benefits in a discriminatory manner. In the case of children with autism, their primary health care need is, where indicated, early intensive behavioural intervention. In failing to make appropriate accommodation for their health care needs, the Crown has discriminated against them. *It is not the medicare legislation that is discriminatory or defective but the Crown's overly narrow interpretation of it*." (*Auton*, 2000, para. 126; emphasis added)

She also concluded that the failure to provide these programs is based on the premise that children with autism cannot be treated effectively, and that effective treatment was necessary to reduce their marginalization and exclusion (*Auton*, 2000, para. 127).

Madam Justice Allan noted that, for the purpose of determining whether discrimination had occurred, it was appropriate to compare autistic children to non-autistic children or mentally disabled adults. In comparing children with autism to these two groups, she found that children with autism were subject to differential treatment based on mental disability, which is one of the enumerated grounds listed in subsection 15(1) (*Auton*, 2000, para. 129).

b. Section 1

Having found that the infant petitioners' section 15 rights were infringed, the judge went on to determine whether the infringement was justified under section 1 of the Charter. That provision reads as follows:

> The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

She applied the test for section 1 articulated in the Supreme Court of Canada decision in *R.* v. *Oakes*.[10] That test relies on the following stages of analysis:

(1) Is the objective of the legislation pressing and substantial?

(2) Are the means chosen to achieve the objective reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society?

   (a) Is there a rational connection between the violation of rights and the aim of the legislation?

---

(10) [1986] 1 S.C.R. 103 (S.C.C.).

(b) Is there a minimal impairment of the right?

(c) Is the effect of the measure proportional to its objective?

Madam Justice Allan concluded that the violation of section 15(1) was not justified under section 1:

> The exclusion of effective treatment for autistic children undermines the primary objective of the medicare legislation, which is to provide universal health care. The additional stated objective of the statute, to make "judicious use" of limited health care resources, does not justify a violation of the petitioners' section 15 rights. Further, the state's failure to accommodate the petitioners cannot be classified as a minimal impairment of their rights. It follows that the Crown's submissions, which characterize the objective of the medicare legislation as funding core medical services that do not include ABA, cannot withstand the scrutiny of a proportionality analysis. (*Auton*, 2000, para. 151)

c. Section 7

Because she had found a violation of section 15(1), Madam Justice Allan noted that it was not necessary to determine whether there was a violation of section 7. That section states:

> Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

2. Remedy

Liability for the Charter violation was addressed by Madam Justice Allan in additional reasons.[11] In those reasons, she:

- declared that the Crown's failure to provide the infant petitioners with effective autism treatment is a denial of their section 15(1) Charter rights;
- directed that the Crown fund early intensive behavioural therapy for children with autism; and
- awarded each adult petitioner monetary damages in the amount of $20,000 (*Auton*, 2001, para. 65).

---

(11) *Auton (Guardian ad litem of)* v. *British Columbia (Attorney General)*, 2001 BCSC 220 (hereinafter, *Auton*, 2001).

B. The Decision on Appeal (British Columbia Court of Appeal)

The Crown's appeal from the finding of a section 15 infringement and the petitioners' cross-appeal relating to the remedies granted by the trial judge were heard at the British Columbia Court of Appeal on 20 and 21 February 2002. The cross-appeal sought reimbursement for all expenses incurred for intensive behavioural intervention therapy, as well as the following declaration:

> [T]hat the Respondents pay to the Petitioners their full expenses for future Lovaas Autism Treatment:
>
> (a) from the date of judgment herein and continuing as long as it is recommended by a medical practitioner or psychologist licensed to practice in British Columbia with the intensity recommended by such medical practitioner or psychologist; and
>
> (b) that the Respondents may, on 60 days' notice, apply to vary this judgment by application supported by a competing medical opinion from a medical practitioner or psychologist licensed to practice in British Columbia.[12]

In the Court of Appeal decision, Madam Justice Saunders (Justice Hall concurring) accepted the trial judge's assessment that intensive behavioural intervention was necessary medical care (*Auton*, 2002, para. 37) and that there was a violation of section 15(1) of the Charter:

> … the failure of the health care administrators of the Province to consider the individual needs of the infant complainants by funding treatment is a statement that their mental disability is less worthy of assistance than the transitory medical problems of others. It is to say that the community was less interested in their plight than the plight of other children needing medical care and adults needing mental health therapy. (*Auton*, 2002, para. 51)

Madam Justice Saunders also allowed the cross-appeal in part. Justice Lambert agreed that there was a violation of section 15(1), but dissented with respect to the remedies granted.

---

(12) *Auton (Guardian ad litem of)* v. *British Columbia (Attorney General)*, 2002 BCCA 538 (hereinafter, *Auton*, 2002), para. 23.

In her analysis of section 1, Madam Justice Saunders examined the *parens patriae* jurisdiction[13] of the Court as well as the *Convention on the Rights of the Child, 1989*.[14] Referring to *parens patriae* jurisdiction, she stated that:

> The underlying thesis that the law works for the protection and advantage of children strongly argues against finding s. 1 justification for the discriminatory administration of the health care scheme at issue in this case. (*Auton*, 2002, para. 61)

With respect to the effect of the *Convention on the Rights of the Child*, she noted that "[t]he Convention has moral force relevant on an assessment of the application of s. 1 of the *Charter* to a breach of s. 15(1)" (*Auton*, 2002, para. 63).

She concluded that the Crown did not meet its burden of "establishing a rational connection between the objective and the measures, or proportionality between the deleterious and salutary effects of the measures" (*Auton*, 2002, para. 67).

With respect to the petitioners' claim that their section 7 rights had been violated, Madam Justice Saunders determined that such a violation was not established. The following is her summary of the petitioners' section 7 argument:

> The petitioners contend that the Crown breached the rights of the infant petitioners to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice. They refer to the children's likely loss of the benefits of education and the opportunity to make and articulate decisions. They refer to the high probability such children will be institutionalized with attendant loss of liberty. They also refer to the loss of physical integrity through self-injurious behaviours and lack of communication skills, along with loss of psychological integrity through loss of privacy, disruption of family life and stigmatisation. (*Auton*, 2002, para. 71)

She concluded that "the underinclusiveness of the health system, even as it relates to children, would not violate a principle of fundamental justice" (*Auton*, 2002, para. 73).

---

(13) *Parens patriae* refers to the state's guardianship over those with a disability.

(14) United Nations General Assembly Resolution 42/25, 20 November 1989.

With respect to the petitioners' cross-appeal, Madam Justice Saunders modified the trial judge's order by directing the following:

- that the four infant petitioners are entitled to government-funded treatment in the nature of that which they have been receiving, if such treatment is still useful to them; and
- that the Crown fund such treatment, from the time of the order declaring a breach of the Charter rights, provided that the petitioners establish the usefulness by a written opinion from the child's family physician supported by a written opinion from an appropriately qualified pediatrician or psychologist, to continue until the medical view is that no further significant benefit in alleviating the autistic condition can reasonably be expected from a continuation of the treatment (*Auton*, 2002, para. 92).

She did not amend the quantum of damages awarded by the trial judge (*Auton*, 2002, para. 99). Justice Lambert would have substituted the "symbolic" damages award by calculating an amount of financial reimbursement (*Auton*, 2002, para. 137).

C. The Supreme Court of Canada Decision

The unanimous judgment that allowed the Attorney General's appeal was released on 19 November 2004. From the outset, Madam Chief Justice McLachlin (for the Court) pointed out that the case was about more than the funding of autism treatment:

> In the background lies the larger issue of when, if ever, a province's public health plan under the *Canada Health Act* … is required to provide a particular health treatment outside the "core" services administered by doctors and hospitals. (*Auton*, 2004, para. 1)

1. Charter Analysis

a. Section 15

McLachlin C.J. reviewed the analytical frameworks used in assessing whether there has been a violation of section 15(1), noting that "[w]hatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided" (*Auton*, 2004, para. 25). She then listed the issues arising from the application of section 15(1) to the facts:

> (1) Is the claim for a benefit *provided by law*? If not, what relevant benefit is provided by law?

> (2) Was the relevant benefit denied to the claimants while being granted to a comparator group alike in all ways relevant to benefit, except for the personal characteristic associated with an enumerated or analogous ground?
>
> (3) If the claimants succeed on the first two issues, is discrimination established by showing that the distinction denied their equal human worth and human dignity? (*Auton*, 2004, para. 26)

With respect to the first issue, Madam Chief Justice McLachlin determined that the benefit claimed was funding for all medically required treatment (*Auton*, 2004, para. 30). She then reviewed the legislative framework that governs the provision of health care services. She noted that the *Canada Health Act* establishes that provinces must fund "core" services, which are delivered by medical practitioners. However, some medically necessary or required services, such as ABA/IBI therapy for autistic children, lie outside of these "core" services (*Auton*, 2004, para. 32). In addition to requiring funding for all core services, the *Canada Health Act* allows provinces to fund non-core medical services, which are services delivered by people other than physicians (*Auton*, 2004, para. 33). She concluded that "the legislative scheme does not promise that any Canadian will receive funding for all medically required treatment" and that "the law did not provide funding for ABA/IBI therapy for autistic children" (*Auton*, 2004, paras. 35, 36).

The Chief Justice then addressed the petitioners' argument that the Supreme Court of Canada decision in *Eldridge* v. *British Columbia (Attorney General)*[15] required that medical benefits be equally provided. She distinguished *Eldridge* from *Auton*:

> *Eldridge* was concerned with unequal access to a benefit that the law conferred and with *applying* a benefit-granting law in a non-discriminatory fashion. By contrast, this case is concerned with access to a benefit that the law has not conferred. For this reason, *Eldridge* does not assist the petitioners. (*Auton*, 2004, para. 38)

The Chief Justice continued:

> This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner. (*Auton*, 2004, para. 41)

---

(15) [1997] 3 S.C.R. 624. The Court in *Eldridge* concluded that the failure of the province to provide sign language interpreters as an insured benefit under the Medical Services Plan violated subsection 15(1) of the Charter.

Having determined that the claim was not for a benefit provided by law, she went on to consider whether, had she found that the claim *was* for a benefit provided by law, the petitioners would have established that discrimination occurred. To determine whether the benefit was denied to the claimants while being granted to a comparator group, the Chief Justice then reviewed the principles related to choosing an appropriate comparator group. She concluded that the appropriate comparator "is a non-disabled person or a person suffering a disability other than a mental disability … seeking or receiving funding for a non-core therapy important for his or her present and future health, which is emergent and only recently becoming recognized as medically required" (*Auton*, 2004, para. 55).

Having determined the appropriate comparator group, she then concluded that on the evidence, differential treatment was not established (*Auton*, 2004, para. 58):

> There is no evidence suggesting that the government's approach to ABA/IBI therapy was different than its approach to other comparable, novel therapies for non-disabled persons or persons with a different type of disability. In the absence of such evidence, a finding of discrimination cannot be sustained. (*Auton*, 2004, para. 62)

b. Section 7

The Chief Justice noted that because the trial judge had found a section 15 violation, she did not address section 7 (*Auton*, 2004, para. 65). The Chief Justice further noted that the section 7 issue "was raised only fleetingly in written and oral submissions before this Court" (*Auton*, 2004, para. 66), and that the petitioners did not clearly identify the principles of fundamental justice allegedly breached. She concluded that "the limited submissions before us do not permit us to conclude that the government's conduct in the case at bar infringed the petitioners' s. 7 rights" (*Auton*, 2004, para. 67).

RESPONSES TO THE DECISION

Responses to the Supreme Court's decision in *Auton* were mixed. Provincial Attorneys General that had intervened in the appeal supported the decision, while parents of children with autism were "devastated and outraged."[16] Legal professionals were split on the decision. Jamie Cameron, a law professor at the University of Toronto, stated that the Court "has shown appropriate institutional caution … in resisting the invitation to constitutionalize the health care system … [because] once the precedent is created, it would encourage other

(16) Janice Tibbets, "Top Court: Health Care Not a Right," *The National Post*, 20 November 2004.

claims."[17] Other academics disagreed with the Court's approach, and criticized the Chief Justice's analysis with respect to section 15 for too narrowly defining the comparator group.[18] John Arvay, a British Columbia lawyer, strongly disagreed with the Court's approach, and reportedly stated that "the laudable work the [Supreme] court has done in the past in areas such as gay and lesbian rights was seriously undermined by the *Auton* ruling."[19]

Despite the claim's defeat at the Supreme Court of Canada, the *Auton* case has nonetheless yielded a number of positive effects. For example, the trial and Court of Appeal decisions led to the expansion of a small pilot treatment program in British Columbia into policy.[20] That province now delivers autism intervention services through three programs: Autism Funding, Under Age 6; Autism Funding, Ages 6-18; and Early Intensive Behavioural Intervention (EIBI).[21] Under the first program, families are allocated up to $20,000 per year to purchase autism intervention. Under the program for children aged 6-18, families are allocated up to $6,000 annually; and under the EIBI program, some treatment and intervention services for children under age 6 are delivered through contracted agencies.

Another positive development resulting from *Auton*'s success at trial and at the Court of Appeal is that it mobilized people in other provinces to seek access to and funding of autism treatment.[22] It has also been suggested that the Supreme Court's rejection of the Charter claim in *Auton* has actually garnered public support for government funding of autism treatment and intervention.[23] An Ipsos-Reid poll taken after the decision was released reported that 84% of Canadians supported public funding for EIBI despite the Supreme Court's decision.[24] The decision has also mobilized parliamentarians: a number of petitions were presented in the House of Commons with respect to the issue, including petitions requesting that the *Canada Health Act* be amended to include IBI/ABA as medically necessary treatment.[25]

---

(17) *Ibid.*

(18) Christopher P. Manfredi and Antonia Maioni, "Litigating Innovation: Health Care Policy and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*," paper delivered at the 2005 Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, London, Ontario, 1-4 June 2005, p. 20.

(19) Kirk Makin, "Where's the Guarantee?" *The Globe and Mail* [Toronto], 16 April 2005.

(20) Manfredi and Maioni (2005), p. 23.

(21) British Columbia Ministry of Children and Family Development, Early Childhood Development, Provincial Autism Initiatives Branch, *Autism Programs: Policies and Procedures*, 2004, p. 7.

(22) Manfredi and Maioni (2005), p. 23.

(23) *Ibid.*, p. 24.

(24) *Ibid.*

(25) The most recent petition was presented by Charles Angus, MP, on 27 June 2005.

One of the comments made in the wake of the *Auton* decision was that it would "have an impact across Canada, hindering [other] lawsuits … [that seek] court orders forcing governments to pay for early intervention therapy."[26] However, this comment overlooks the fact that other claims for access to early intervention therapy are not necessarily based on such access as an entitlement under provincial medical insurance programs. For example, in *Wynberg v. Ontario*,[27] a March 2005 decision of the Ontario Superior Court of Justice, the plaintiffs' action was based in part on access to early intervention therapy as a right under the *Education Act*.[28] The plaintiffs in that case alleged, *inter alia*, that the actions of the provincial government in developing and implementing the Intensive Early Intervention Program (IEIP), which provided or funded IBI for children ages 2 to 5, were contrary to section 15 of the Charter in that they discriminated against the infant plaintiffs on the basis of age.[29] The plaintiffs also claimed that their section 7 Charter rights were violated. The government's primary defence was that the decision to limit the age at which children would receive early intervention therapy was based on financial constraints.

Following an extremely detailed review of the development and implementation of the IEIP, Madam Justice Kiteley found that discrimination had occurred, and that the actions of the government were not saved by section 1 of the Charter. She made the following Order:

> [T]hat the age criterion for the termination of benefits in the IEIP Guidelines discriminates against the infant plaintiffs on the basis of age, contrary to section 15 of the Charter …
>
> [T]hat the defendant's failure and/or refusal to provide or to fund Intensive Behavioural Intervention (IBI), based on an individualized assessment of the needs of each particular child and consistent with the description and criteria set out on pages 12 through 15 of the September 2000 Program Guidelines for Regional Intensive Early Intervention Program for Children with Autism … speech therapy, occupational therapy and appropriate educational services for the minor plaintiffs was at October, 2002 and since then in violation of the rights of the infant plaintiffs on the basis of disability contrary to section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and in violation of the Ontario Education Act.[30]

---

(26) Tibbets (2004).

(27) 2005 Carswell Ont 124 (hereinafter, *Wynberg*).

(28) R.S.O. 1990, c. E.2.

(29) *Wynberg*, para. 4.

(30) *Ibid.*, paras. 871-872.

Damages were awarded to compensate for the costs of past and future IBI/ABA, and were to be calculated from the latest of the following points in time:

> (a) 1 November 2002 (Justice Kiteley determined that in October 2002 "Cabinet re-committed itself to the IEIP cut-off of age 6 with the knowledge that more children were aging out than were being served in the IEIP, that there was a gap once these children reached school and with the knowledge that serious consequences could occur";[31]
>
> (b) the child was no longer eligible for the IEIP;
>
> (c) "the parent(s) of the child enrolled the child in public school, because IBI/ABA was not available without payment of fees, and the parents paid for IBI/ABA at home or at school;
>
> (d) the child reached the age where s/he was eligible to be enrolled in public school but the parent(s) declined to enrol the child because IBI/ABA was not available without payment of fees, and the parents paid for IBI/ABA at home or at private school."[32]

Wynberg demonstrates that, despite the decision in *Auton*, other attempts may be successful in securing access to and funding for intensive behaviour therapy for children with autism. The Superior Court may have determined that the Government of British Columbia's failure to provide and fund autism treatment under its provincial medical insurance program did not violate the Charter, but that decision relates to autism treatment as a health care right, as opposed to the other ways in which the right to ABA/IBI is being characterized. It should be noted, however, that the Government of Ontario is appealing Madam Justice Kiteley's decision,[33] which means that the future of funding for ABA/IBI for children over the age of 5 is, at least in Ontario, far from certain.

---

(31) *Ibid.*, para. 792.

(32) *Ibid.*, para. 808.

(33) "Ontario will appeal autism ruling," CBC News, 5 April 2005, available at http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/04/04/autism-ruling050404.html.

PRB 05-19F

Library of Parliament / Bibliothèque du Parlement

LES SOINS DE SANTÉ ET LA COUR SUPRÊME DU CANADA

I : L'AFFAIRE *AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE)* c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)*

Marlisa Tiedemann
Division du droit et du gouvernement

Le 4 août 2005

PARLIAMENTARY INFORMATION AND RESEARCH SERVICE
SERVICE D'INFORMATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES

Le Service d'information et de recherche parlementaires de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les analystes peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

LES FAITS 1

LES JUGEMENTS 2

A. La décision en première instance (Cour suprême de la Colombie-Britannique) 2

1. Analyse selon la *Charte* 3
a. Article 15 3
b. Article premier 4
c. Article 7 5

2. Réparations 5

B. La décision en appel (Cour d'appel de la Colombie-Britannique) 6

C. La décision de la Cour suprême du Canada 8

1. Analyse selon la *Charte* 8
a. Article 15 8
b. Article 7 10

RÉACTIONS À LA DÉCISION 11

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES SOINS DE SANTÉ ET LA COUR SUPRÊME DU CANADA
I : L'AFFAIRE *AUTON (TUTRICE À L'INSTANCE DE)* c. *COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)*

INTRODUCTION

En juin 2004, la Cour suprême du Canada a entendu deux pourvois relatifs au système de santé canadien. Dans l'affaire *Auton (Tutrice à l'instance de)* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*[1] (ci-après affaire *Auton* 2004), dont l'audition a eu lieu le 8 juin 2004, la question était de savoir si la décision du gouvernement de la Colombie-Britannique de ne pas financer un certain type de thérapie pour les autistes était contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affaire *Chaoulli* c. *Québec (Procureur général)*[2], la question était de savoir si la loi québécoise interdisant d'acheter une assurance-santé privée pour obtenir des services de santé couverts par le régime d'assurance-maladie provincial était contraire à la *Charte québécoise des droits et libertés*[3], à la *Charte canadienne des droits et libertés* ou aux deux.

Nous résumerons ici les décisions dans l'affaire *Auton* en première instance, en appel et en pourvoi devant la Cour suprême du Canada, ainsi que les réactions à cette décision[4].

LES FAITS

Il s'agissait de quatre enfants autistes au nom desquels les parents demandaient le financement d'une thérapie ABA (analyse behaviorale appliquée) intensive connue sous le nom de thérapie Lovaas. Cette thérapie coûte entre 45 000 $ et 60 000 $ par an, et ce sont les parents qui assumaient ces frais[5].

---

(1) 2004 CSC 78.

(2) 2005 CSC 35.

(3) L.R.Q., ch. C-12.

(4) L'arrêt *Chaoulli* c. *Québec (Procureur général)* fera l'objet d'un examen dans une publication ultérieure.

(5) Au moment du procès, l'une des mères des enfants n'était plus en mesure de payer les traitements.

Le gouvernement provincial finançait certains programmes pour les jeunes autistes et leur famille par le truchement du ministère de la Santé, du ministère des Services à l'enfance et à la famille et du ministère de l'Éducation, mais il ne finançait pas la thérapie ABA/ICI (intervention comportementale intensive) pour un certain nombre de raisons, dont le coût et la controverse entourant la réussite du traitement. Ce traitement était financé à divers degrés par certaines administrations provinciales.

LES JUGEMENTS

A. La décision en première instance (Cour suprême de la Colombie-Britannique)

Les parents des enfants autistes en question demandaient une déclaration attestant que le refus du ministère de la Santé, du ministère de l'Éducation et du ministère des Services à l'enfance et à la famille de financer la thérapie Lovaas était contraire à l'article 7 et au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à certaines autres lois. Ils demandaient également une ordonnance exigeant que l'État assume les frais de traitement déjà engagés ainsi que les frais à venir. La demande a été entendue en avril 2000.

Avant de conclure que l'administration provinciale a enfreint le paragraphe 15(1), la juge Allan examine la nature de l'autisme, les traitements qui sont employés, les services offerts dans d'autres provinces et la controverse entourant la thérapie Lovaas.

La juge de première instance examine seulement la plainte déposée contre le ministère de la Santé, estimant que la question est principalement de l'ordre de la santé[6]. Elle tient donc compte des dispositions de la *Loi canadienne sur la santé*[7] et de la *Medicare Protection Act*[8] de la Colombie-Britannique, toutes deux applicables à la requête dont elle est saisie. Et elle conclut que « le cadre législatif n'interdit pas d'offrir un traitement ABA précoce aux enfants autistes, s'il y a lieu, dans le cadre du système d'assurance-santé de la Colombie-Britannique » (affaire *Auton* 2000, par. 109 [traduction]).

---

(6) *Auton (Guardian ad litem of)* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2000 BCSC 1142 (ci-après affaire *Auton* 2000), par. 88.

(7) L.R. (1985), ch. C-6. La *Loi canadienne sur la santé* énumère les critères et conditions que les provinces et territoires doivent remplir pour obtenir la contribution financière du gouvernement fédéral à laquelle ils ont droit.

(8) R.S.B.C (1996), ch. 286.

1. Analyse selon la *Charte*

a. Article 15

L'article 15 de la *Charte* a trait au droit à l'égalité. Il se lit comme suit :

> (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.
>
> (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Lorsqu'elle se demande si le ministère de la Santé, en refusant de financer le traitement Lovaas, a enfreint le droit à l'égalité garanti par la *Charte*, la juge Allan adopte le critère à trois volets formulé dans l'affaire *Granovsky* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'immigration*[9] :

> (1) La loi contestée établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
>
> (2) Le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?
>
> (3) La différence de traitement est-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du paragraphe 15(1) de la *Charte*? (Affaire *Auton* 2000, par. 112 [traduction].)

Elle examine ensuite un certain nombre de décisions où l'article 15 est analysé dans le contexte des demandes relatives à l'invalidité, ce qui l'amène à examiner l'objet de la loi, dans lequel, fait-elle remarquer, « le régime de services médicaux est conçu pour répondre aux

---

(9) 2000 CSC 28.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

besoins des gens en matière de soins de santé » (affaire *Auton* 2000, par. 126 [traduction]). Elle conclut que l'interprétation de la loi sur l'assurance-maladie par l'État est discriminatoire :

> Ayant créé un système universel de prestations de santé, le gouvernement n'a pas le droit de fournir celles-ci de façon discriminatoire. Dans le cas des enfants autistes, le besoin premier en soins de santé est, lorsque cela est indiqué, une intervention comportementale intensive précoce. En ne répondant pas à leurs besoins, l'État fait preuve de discrimination à leur égard. *Ce n'est pas la loi sur l'assurance-maladie qui est discriminatoire ou insuffisante, mais l'interprétation trop étroite qu'en fait l'État.* (Affaire *Auton* 2000, par. 126; souligné par l'auteur [traduction].)

Elle conclut également que le refus d'offrir ces programmes est attribuable à l'idée que les enfants autistes ne peuvent être traités efficacement et qu'un traitement efficace est nécessaire pour réduire leur marginalisation et leur exclusion (affaire *Auton* 2000, par. 127).

La juge Allan fait remarquer que, pour déterminer s'il y a eu discrimination, il convient de comparer les enfants autistes aux enfants non autistes ou aux adultes déficients mentaux. En comparant les enfants des deux groupes, elle conclut que les autistes font l'objet d'un traitement différent en raison de leur déficience mentale, qui est l'un des motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) (affaire *Auton* 2000, par. 129).

b. Article premier

Ayant conclu qu'il y a atteinte aux droits garantis par l'article 15 aux jeunes requérants, la juge se demande ensuite si cette atteinte se justifie en vertu de l'article premier de la *Charte*, qui se lit comme suit :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Elle applique alors le critère formulé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R.* c. *Oakes*[10]. Ce critère passe par l'analyse suivante :

---

(10) [1986] 1 R.C.S. 103 (C.S.C.).

(1) L'objectif de la loi est-il suffisamment important?

(2) Les moyens choisis sont-ils raisonnables et leur justification peut-elle se démontrer dans une société libre et démocratique?

(a) Existe-t-il un lien rationnel entre l'atteinte aux droits et l'objectif de la loi?

(b) L'infraction au droit est-elle minimale?

(c) L'effet de la mesure est-il proportionnel à l'objectif?

La juge Allan conclut que la violation du paragraphe 15(1) n'est pas justifiée en vertu de l'article premier :

> L'exclusion du traitement efficace des enfants autistes porte atteinte à l'objectif primordial de la loi sur l'assurance-maladie, qui est de fournir des soins de santé universels. L'objectif supplémentaire de la loi, qui est de faire un « usage judicieux » de ressources limitées en matière de soins de santé, ne justifie pas l'atteinte aux droits garantis aux requérants par l'article 15. Par ailleurs, le refus de l'État d'apporter une aide aux requérants ne peut être considéré comme une atteinte minimale à leurs droits. Il s'ensuit que les arguments de l'État, qui estime que la loi vise à financer des services médicaux fondamentaux et n'inclut donc pas le traitement ABA, ne tiennent pas devant une analyse de la proportionnalité. (Affaire *Auton* 2000, par. 151 [traduction].)

c. Article 7

Ayant conclu à la violation du paragraphe 15(1), la juge Allan rappelle qu'il n'est pas nécessaire de déterminer s'il y a infraction à l'article 7, qui se lit comme suit :

> Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

2. Réparations

La juge Allan analyse la responsabilité de l'infraction à la *Charte* dans des motifs supplémentaires[11], où elle :

---

(11) *Auton (Guardian ad litem of)* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2001 BCSC 220 (ci-après affaire *Auton* 2001).

- déclare que le refus de l'État de fournir aux jeunes requérants un traitement efficace est une atteinte aux droits qui leur sont garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte*;
- ordonne à l'État de financer le traitement ICI précoce des jeunes autistes;
- accorde à chaque requérant adulte des dommages-intérêts de 20 000 $ (affaire *Auton* 2001, par. 65).

B. La décision en appel (Cour d'appel de la Colombie-Britannique)

L'appel interjeté par l'État de la conclusion de la juge de première instance concernant la violation de l'article 15 et l'appel incident des requérants concernant les réparations accordées par cette même juge ont été entendus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les 20 et 21 février 2002. Les requérants de l'appel incident demandaient le remboursement de toutes les dépenses engagées pour le traitement ICI et la déclaration suivante :

> Que les intimés paient aux requérants toutes les dépenses engagées pour le futur traitement Lovaas de l'autisme :
>
> (a) à partir de la date du jugement et aussi longtemps qu'un médecin ou un psychologue agréé par la Colombie-Britannique le recommandera et au rythme recommandé par celui-ci;
>
> (b) que les intimés puissent, sur préavis de 60 jours, demander la modification de ce jugement en produisant à l'appui une opinion médicale contradictoire émise par un médecin ou un psychologue agréé par la Colombie-Britannique.[12]

Dans sa décision, la juge Saunders (appuyée par le juge Hall) entérine la décision de la juge de première instance, à savoir que le traitement ICI était un traitement médical nécessaire (affaire *Auton* 2002, par. 37) et qu'il y a violation du paragraphe 15(1) de la *Charte* :

> [...] le refus des administrateurs provinciaux de la santé de tenir compte des besoins particuliers des jeunes plaignants et de financer leur traitement revient à dire que la déficience mentale de ceux-ci est moins digne d'aide que les problèmes médicaux transitoires d'autres patients. Cela signifie que la collectivité s'intéresse moins à leur sort qu'à celui d'autres enfants ayant besoin de soins médicaux ou qu'à celui d'adultes ayant besoin de traitements en santé mentale. (Affaire *Auton* 2002, par. 51 [traduction].)

---

(12) *Auton (Guardian ad litem of)* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2002 BCCA 538 (ci-après affaire *Auton* 2002), par. 23 [traduction].

La juge Saunders accueille aussi l'appel incident en partie. Le juge Lambert convient qu'il y a violation du paragraphe 15(1), mais s'oppose aux réparations accordées.

Dans son analyse de l'article premier, la juge Saunders s'interroge sur la compétence *parens patriae*[13] de la Cour et sur la Convention relative aux droits de l'enfant (1989)[14]. En se référant à la compétence *parens patriae*, elle déclare :

> La thèse voulant que la loi vise à protéger les enfants et à défendre leurs intérêts milite vigoureusement, en l'espèce, contre l'idée que l'article premier justifie l'application discriminatoire du système de santé. (Affaire *Auton* 2002, par. 61 [traduction].)

Pour ce qui est de l'application de la Convention relative aux droits de l'enfant, elle explique que « la Convention a une pertinence morale à l'égard de l'évaluation de l'application de l'article premier de la *Charte* à une violation du paragraphe 15(1) » (affaire *Auton* 2002, par. 63 [traduction]).

Elle conclut que l'État ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver qu'il y a « un lien rationnel entre l'objectif et les mesures ou qu'il y a proportionnalité entre les effets délétères et salutaires de ces mesures » (affaire *Auton* 2002, par. 67 [traduction]).

Pour ce qui est de l'affirmation des requérants concernant l'atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'article 7, la juge Saunders estime que cette atteinte n'est pas prouvée. Voici un résumé de l'argumentation des requérants à cet égard :

> Les requérants estiment que l'État a enfreint le droit des jeunes autistes à la liberté et à la sécurité, contrairement aux principes de la justice fondamentale. Ils font valoir que les enfants risquent de perdre la possibilité de recevoir une éducation et de prendre des décisions éclairées. Ils font valoir la forte probabilité que ces enfants seront institutionnalisés et perdront ainsi leur liberté. Ils font également valoir que l'intégrité physique des enfants risque d'être compromise en raison de leurs comportements autodestructeurs et de leur manque de compétences relationnelles et que leur intégrité psychologique est également compromise en raison de la perte de vie privée, de la perturbation de la vie familiale et de la stigmatisation sociale. (Affaire *Auton* 2002, par. 71 [traduction].)

---

(13) L'expression *parens patriae* désigne le rôle protecteur de l'État à l'égard des personnes handicapées.

(14) Résolution 42/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 novembre 1989.

La juge conclut que « le caractère limitatif du système de santé, même s'il s'agit d'enfants, n'enfreint pas un principe de la justice fondamentale » (affaire *Auton* 2002, par. 73 [traduction]).

Pour ce qui est de l'appel incident des requérants, la juge Saunders modifie l'ordonnance de la juge de première instance en ordonnant ce qui suit :

- les quatre jeunes requérants ont droit à un traitement, financé par l'État, de la nature de celui qu'ils ont déjà reçu si ce traitement leur est toujours utile;

- l'État financera ce traitement à partir de la date de l'ordonnance déclarant qu'il y a atteinte aux droits garantis par la *Charte*, pourvu que les requérants fassent la preuve de l'utilité de ce traitement en produisant l'avis écrit du médecin de famille et l'avis écrit d'un pédiatre ou d'un psychologue qualifié, et ce, jusqu'à ce que les spécialistes estiment que la poursuite du traitement ne peut raisonnablement faire espérer de progrès valables dans l'atténuation de l'autisme des enfants. (Affaire *Auton* 2002, par. 92.)

Elle ne modifie pas le montant accordé par la juge de première instance (affaire *Auton* 2002, par. 99). Le juge Lambert, de son côté, aurait substitué des dommages-intérêts « symboliques » en calculant le montant d'un remboursement (affaire *Auton* 2002, par. 137).

C. La décision de la Cour suprême du Canada

L'arrêt unanime accueillant pourvoi du procureur général a été rendu le 19 novembre 2004. D'emblée, la juge en chef McLachlin (au nom de la Cour) fait remarquer que l'affaire concerne bien plus que le traitement de l'autisme :

> Se pose en toile de fond la question plus générale de savoir dans quel cas, s'il en est, le régime public de soins médicaux d'une province régi par la *Loi canadienne sur la santé* [...] doit offrir un traitement médical non compris dans les services « essentiels » dispensés par les médecins et les hôpitaux. (Affaire *Auton* 2004, par. 1.)

1. Analyse selon la *Charte*

a. Article 15

La juge McLachlin examine le cadre analytique employé pour déterminer s'il y a infraction au paragraphe 15(1), faisant remarquer que « [q]uel que soit le cadre d'analyse, il faut s'abstenir d'interpréter le par. 15(1) de manière trop technique » (affaire *Auton* 2004, par. 25).

Elle énumère ensuite les questions soulevées par l'application du paragraphe 15(1) aux faits de l'espèce :

> (1) Les demandeurs recherchent-ils un avantage prévu par la loi? Dans la négative, quel est l'avantage prévu par la loi?
>
> (2) L'avantage prévu par la loi a-t-il été refusé aux demandeurs et accordé à un groupe de comparaison semblable sous tous les rapports importants pour ce qui est de l'avantage, hormis la caractéristique personnelle associée à un motif énuméré ou analogue?
>
> (3) Si la réponse aux deux questions précédentes est affirmative, les demandeurs ont-ils établi la discrimination en prouvant que la distinction les a privés, en tant qu'êtres humains, de l'égalité sur le plan de la valeur et de la dignité. (Affaire *Auton* 2004, par. 26.)

Pour ce qui est de la première question, la juge McLachlin estime que l'avantage recherché est le financement de tous les traitements médicalement requis (affaire *Auton* 2004, par. 30). Elle examine ensuite le cadre législatif qui régit la prestation de services de santé. Elle rappelle que la *Loi canadienne sur la santé* dispose que les provinces doivent financer les services « essentiels » fournis par des médecins. Cependant, certains services médicalement nécessaires ou requis, par exemple le traitement ABA/ICI des enfants autistes, n'entrent pas dans la catégorie des services « essentiels » (affaire *Auton* 2004, par. 32). Outre qu'elle prévoit le financement de tous les services essentiels, la *Loi canadienne sur la santé* permet aux provinces de financer des services médicaux non essentiels fournis par des spécialistes qui ne sont pas des médecins (affaire *Auton* 2004, par. 33). La juge McLachlin conclut que le « régime législatif ne garantit pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis » et que la « loi ne prévoyait pas le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes » (affaire *Auton* 2004, par. 35 et 36).

La juge en chef examine ensuite l'argument des requérants à savoir que la Cour suprême du Canada exige dans l'affaire *Eldridge* c. *Colombie-Britannique (Procureur général)*[15] que les prestations médicales soient fournies également à tous. Et elle fait une distinction entre l'affaire *Eldridge* et l'affaire *Auton* :

---

(15) [1997] 3 R.C.S. 624. Dans l'affaire *Eldridge*, la Cour a conclu que le fait que la province ne fournisse pas des services d'interprétation gestuelle à titre de prestation assurée dans le cadre du régime de services médicaux enfreignait le par. 15(1) de la *Charte*.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> L'arrêt *Eldridge* porte sur l'inégalité d'accès à un avantage prévu par la loi et sur l'application non discriminatoire d'une loi conférant un avantage. Dans la présente affaire, c'est l'accès à un avantage non conféré par la loi qui est recherché. L'arrêt *Eldridge* n'étaye donc pas la thèse des requérants. (Affaire *Auton* 2004, par. 38.)

Elle poursuit dans ces termes :

> Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire. (Affaire *Auton* 2004, par. 41.)

Ayant conclu que la demande ne concerne pas un avantage prévu par la loi, elle se pose la question de savoir si, sa conclusion eût-elle été *différente*, les requérants auraient prouvé qu'il y a eu discrimination. Pour déterminer si cet avantage a été refusé aux requérants tandis qu'il est accordé à un groupe de comparaison, la juge examine les principes associés au choix d'un groupe de comparaison et conclut que « l'élément de comparaison approprié en l'espèce est la personne non handicapée ou celle atteinte d'une autre déficience que la déficience mentale [...] sollicitant ou obtenant le financement d'une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé actuelle et future, qui est nouvelle et qui n'est requise médicalement que depuis peu » (affaire *Auton* 2004, par. 55).

Ayant circonscrit le groupe de comparaison, elle conclut que, compte tenu de la preuve, la différence de traitement n'est pas établie (affaire *Auton* 2004, par. 58) :

> Aucun élément de preuve ne permet de conclure que l'attitude du gouvernement vis-à-vis de la thérapie ABA/ICI était différente de celle qu'il avait à l'égard d'autres thérapies nouvelles comparables destinées aux personnes non handicapées ou à celles atteintes d'un type différent de déficience. À défaut d'une telle preuve, l'on ne saurait conclure à la discrimination. (Affaire *Auton* 2004, par. 62.)

b. Article 7

La juge en chef rappelle que la juge de première instance n'a pas examiné la question de l'article 7, parce qu'elle a conclu à la violation de l'article 15 (affaire *Auton* 2004, par. 65). Elle fait par ailleurs remarquer que « [d]ans les observations écrites et les plaidoiries

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

présentées à notre Cour, les requérants font à peine mention de l'art. 7 » (affaire *Auton* 2004, par. 66) et que les requérants n'ont pas clairement circonscrit les principes de la justice fondamentale qui auraient été enfreints. Elle conclut que « [l]es observations limitées qui nous ont été présentées ne permettent donc pas de conclure que la conduite du gouvernement a porté atteinte aux droits des requérants garantis à l'art. 7 » (affaire *Auton* 2004, par. 67).

RÉACTIONS À LA DÉCISION

Les réactions à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Auton* sont partagées. Les procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus dans le pourvoi ont appuyé la décision, tandis que les parents d'enfants autistes se sont dits « catastrophés et choqués »[16]. Les juristes sont divisés. Jamie Cameron, professeur de droit à l'Université de Toronto, a déclaré que la Cour « a fait preuve de la réserve institutionnelle qui convient [...] en résistant à la tentation de constitutionnaliser le système de santé [...] [parce que], lorsqu'un précédent est créé, il suscite d'autres demandes »[17]. D'autres spécialistes étaient en désaccord avec la perspective de la Cour et ont critiqué l'analyse de la juge en chef concernant l'article 15, estimant que le groupe de comparaison retenu était trop étroitement défini[18]. John Arvay, avocat en Colombie-Britannique, s'est dit en profond désaccord avec la décision de la Cour et aurait déclaré que « le travail louable que la Cour [suprême] a accompli dans le passé concernant, par exemple, les droits des gais et des lesbiennes est gravement compromis par l'arrêt *Auton* »[19].

Malgré la défaite des requérants devant la Cour suprême du Canada, l'affaire *Auton* a tout de même produit un certain nombre d'effets positifs. Par exemple, les décisions rendues en première instance et en appel ont donné lieu à l'expansion d'un petit projet pilote de la Colombie-Britannique aujourd'hui transformé en politique provinciale[20]. La province offre désormais des services d'intervention auprès des autistes dans le cadre de trois programmes :

---

(16) Janice Tibbets, « Top Court: Health Care Not a Right », *The National Post*, 20 novembre 2004.

(17) *Ibid.* [traduction].

(18) Christopher P. Manfredi et Antonia Maioni, « Litigating Innovation: Health Care Policy and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* », mémoire adressé à l'Association canadienne de science politique à l'occasion de sa réunion annuelle, London, du 1er au 4 juin 2005, p. 20.

(19) Kirk Makin, « Where's the Guarantee? », *The Globe and Mail* [Toronto], 16 avril 2005 [traduction].

(20) Manfredi et Maioni (2005), p. 23.

« Autism Funding, Under Age 6 », « Autism Funding, Ages 6-18 », et « Early Intensive Behavioural Intervention (EIBI) »[21]. Le premier programme permet aux familles d'obtenir un maximum de 20 000 $ par an pour obtenir des services d'intervention en matière d'autisme. Le deuxième programme permet aux familles d'obtenir un maximum de 6 000 $ par an, et le dernier permet d'obtenir des traitements et des services d'intervention pour les enfants de moins de 6 ans par le truchement d'organismes sous contrat.

Le succès des requérants en première instance et en appel a eu un autre effet positif : il a incité des gens, dans d'autres provinces, à demander le financement du traitement de l'autisme[22]. Certains estiment même que la décision négative de la Cour suprême dans l'affaire *Auton* a en fait suscité l'appui de la population au principe d'un financement gouvernemental du traitement de l'autisme[23]. Un sondage effectué par Ipsos-Reid après la publication de l'arrêt révèle que 84 p. 100 des Canadiens appuient le principe du financement public de l'ICI précoce malgré la décision de la Cour suprême[24]. Cette décision a également mobilisé les parlementaires : un certain nombre de pétitions ont été adressées à la Chambre des communes concernant cette question, dont des requêtes demandant que l'on modifie la *Loi canadienne sur la santé* pour y inclure le traitement ICI/ABA parmi les traitements médicalement nécessaires[25].

L'un des commentaires formulés au sujet de l'arrêt *Auton* est qu'elle « aura des répercussions dans tout le Canada, entravant d'autres poursuites [...] visant à obtenir des ordonnances judiciaires enjoignant aux gouvernements de financer les interventions thérapeutiques précoces »[26]. Toutefois, cette opinion ne tient pas compte de ce que les autres demandes d'accès à ce type d'intervention ne s'appuient pas nécessairement sur l'argument voulant que cet accès soit un droit lié aux programmes d'assurance médicale provinciaux. Par exemple, dans l'affaire *Wynberg* c. *Ontario*[27] (décision rendue en mars 2005 par la Cour supérieure de l'Ontario), la démarche des plaignants s'appuyait en partie sur le fait que l'accès au

---

(21) British Columbia Ministry of Children and Family Development, Early Childhood Development, Provincial Autism Initiatives Branch, *Autism Programs: Policies and Procedures*, 2004, p. 7.

(22) Manfredi et Maioni (2005), p. 23.

(23) *Ibid.*, p. 24.

(24) *Ibid.*

(25) La dernière pétition a été présentée par le député Charles Angus, le 27 juin 2005.

(26) Tibbets (2004) [traduction].

(27) 2005 Carswell Ont 124 (ci-après *Wynberg*).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

traitement ICI était un droit en vertu de la *Loi sur l'éducation*[28]. Les plaignants alléguaient entre autres, en l'espèce, que les mesures prises par le gouvernement provincial dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre du programme intensif d'intervention précoce (IEIP), qui fournit ou finance un traitement ICI à l'intention des enfants de 2 à 5 ans, sont contraires à l'article 15 de la *Charte* parce qu'elles font une distinction discriminatoire entre les jeunes requérants et les autres en raison de l'âge[29]. Les plaignants estimaient également que les droits que leur garantit l'article 7 de la *Charte* avaient été enfreints. Le principal moyen de défense du gouvernement a été que la décision de limiter l'âge des enfants pouvant recevoir ce type de thérapie était d'ordre financier.

Après un examen approfondi de l'élaboration et de la mise en œuvre de l'IEIP, la juge Kiteley a conclu qu'il y avait eu discrimination et que les mesures prises par le gouvernement ne se justifiaient pas aux termes de l'article premier de la *Charte*. Elle a rendu la décision suivante :

> Le critère de l'âge applicable à la cessation des prestations selon les directives de l'IEIP établit une distinction discriminatoire à l'égard des plaignants en raison de l'âge, contrairement à l'article 15 de la *Charte* [...]
>
> Le fait que le défendeur n'ait pas fourni ou financé ou ait refusé de fournir ou de financer l'intervention comportementale intensive (ICI) en fonction d'une évaluation individuelle des besoins de chaque enfant et conformément à la description et aux critères énoncés aux pages 12 à 15 des directives du programme régional d'intervention précoce auprès des enfants autistes publiées en septembre 2000 [...], qu'il s'agisse d'orthophonie, d'ergothérapie ou de services éducatifs pour les plaignants mineurs, représente depuis octobre 2002 une atteinte, au motif de l'invalidité, aux droits des jeunes plaignants garantis par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et une infraction à la *Loi sur l'éducation* de l'Ontario.[30]

Des dommages-intérêts ont été accordés aux plaignants au titre des coûts antérieurs et à venir relatifs au traitement ICI/ABA. Ils devaient être calculés à partir de la plus récente des dates suivantes :

---

(28) L.R.O. (1990), ch. E-2.

(29) *Wynberg*, par. 4.

(30) *Ibid.*, par. 871 et 872 [traduction].

(a) le 1er novembre 2002 (la juge Kiteley a calculé que c'est en octobre 2002 que « le Cabinet a rétabli le seuil de l'âge de 6 ans pour l'IEIP, sachant que de plus en plus d'enfants n'auraient plus droit au programme, qu'il y aurait une lacune lorsque ces enfants atteindraient l'âge scolaire et qu'il s'ensuivrait de graves conséquences »[31]);

(b) l'enfant a cessé d'avoir droit à l'IEIP;

(c) « les parents de l'enfant l'ont inscrit dans une école publique parce qu'il n'était pas possible d'obtenir un traitement ICI/ABA sans frais, et ils ont payé les frais de traitement à l'école ou à la maison;

(d) l'enfant a atteint l'âge scolaire, mais les parents ne l'ont pas inscrit à l'école, parce qu'il n'y avait pas de traitement ICI/ABA sans frais, et les parents ont payé les frais de traitement à l'école et à la maison »[32].

L'affaire *Wynberg* est la preuve que, malgré la décision dans l'affaire *Auton*, d'autres tentatives peuvent être couronnées de succès et permettre à de jeunes autistes d'avoir accès à la thérapie comportementale intensive et d'obtenir son financement. La Cour suprême peut bien avoir conclu que le gouvernement de la Colombie-Britannique n'a pas violé la *Charte* en refusant de fournir et de financer un traitement pour l'autisme dans le cadre de son programme d'assurance-maladie provincial, mais cette décision concerne le traitement de l'autisme comme droit à des soins médicaux, alors que le droit au traitement ABA/ICI peut être caractérisé différemment. Rappelons, cependant, que le gouvernement de l'Ontario fait appel de la décision de la juge Kiteley[33], de sorte que l'avenir du financement du traitement ABA/ICI destiné aux enfants de plus de 5 ans est loin d'être sûr, tout au moins en Ontario.

---

(31) *Ibid.*, par. 792 [traduction].

(32) *Ibid.*, par. 808 [traduction].

(33) « Ontario will appeal autism ruling », CBC News, 5 avril 2005 (http://www.cbc.ca/story/canada/national/2005/04/04/autism-ruling050404.html).